

# 憲法制定権力論の再生と変容（1）

—— C. シュミット理論の批判的検討

高 野 敏 樹

はじめに

## I. シュミットの憲法制定権力論

——憲法制定権力の構造

## II. シュミット理論の特質（以上，本号掲載）

——国家法人説の克服と憲法制定権力論の再生

## III. シュミット理論の問題点

——政治的決断主義と憲法制定権力の限界

むすびにかえて

——現代ドイツにおける憲法制定権力論の指向性

はじめに

フランス革命期において，革命の法理論形成の嚮導的役割を担ったシェイエス (E. Siéyès) は，「憲法制定権力」を定義して，憲法制定権力とは国家を組織化し，国法の基本秩序を形成する「国家における始源的な権力 (pouvoir originaire)」であり，「憲法をつくる力 (pouvoir constituant)」そのものであると述べた<sup>(1)</sup>。

この権力は，以上の意味において，性質上，実定法超越的であり，なにものにも拘束されない至上の権力と観念された。そして，このようなあらたな国家の権力を形成する力としての憲法制定権力は，主権を有する「国民 (nation ないしは peuple)」自身によって行使されるべきものと考えら

れ<sup>(2)</sup>、国民主権 (souveraineté nationale) の理論と互いにその理論的射程を投影しあう形で革命の理論的支柱としての役割を演じ、ひろく近代立憲主義 (modern constitutionalism) の基本理論として、憲法学、政治学における普遍的な影響力を獲得した。

しかし、他方で、市民社会の未成熟な段階において、いわば上からの近代化をおし進めたドイツにおいては、20世紀初頭にいたるまで、このようなフランス的意味の憲法制定権力論は、「国法学 (Staatsrechtslehre)」の理論体系のもとではかならずしも明瞭な位置づけをあたえられることはなかった。すなわち、ドイツ実証主義国法学において、たとえ憲法制定権力論が言及されることがあるとしても、それは国法学の研究対象領域である「法の事象」に属するものとしてではなく、あくまで「事実の世界」ないしは「政治的な事象」に属する現象のひとつにすぎないものとして取り扱われるのが通常であった<sup>(3)</sup>。

その理由は、いうまでもなくドイツ国法学が基本的な視座として——のちに述べるように——統治原理としての国民主権主義を忌避するために、意図的に国家主権主義、国家至上主義を標榜したことによる。そこでは、国民の側からみた場合にいわば第三者であるにすぎない国家それ自体を主権主体と考え、そのような国家の主権を所与のものと措定することによって、ポレーミッシュな関係にあった君主主権主義と国民主権主義との相剋を相対化し、希薄化することが意図されていた。それは、いいかえれば、イギリスおよびフランスにおける市民革命の成果であった近代立憲主義のいうなればドイツ的変形を意味するものであった。

以上のようにして、近代ドイツにおいて、憲法制定権力論は、国法学上の当然の理論的帰結として、いわば学問上は凍結されることとなった。

一方、これに対して、ワイマール憲法下のドイツにおいて、憲法制定権力論はふたたび積極的に憲法学上の論議の対象とされるにいたった。その主唱者がカール・シュミット (C. Schmitt) であることはよく知られてい

る。シュミットの憲法制定権力論は、後述するように、上にあげたシェイエスの場合とはまた異なった意味できわめて権力的色彩の強いものであった。すなわち、その理論は、憲法制定権力を一切の「法的規範」から解放し、かつ「規範主義」を超越する「力の支配」を肯定する点で、「政治的決断主義」と評されるべき実質を有するものであった。

そして、その理論が憲法現実ないしは政治的現実としてのワイマール共和国の崩壊に強力に作用したことは歴史の示すところである<sup>(4)</sup>。すなわち、近代立憲主義を生みだす力であったはずの憲法制定権力が、そこでは事実上、ほかならぬ自らが創出した立憲主義的憲法体制——ワイマール憲法体制——の清算のために作用するという逆説的な役割をはたしたといわざるをえない。憲法制定権力は、シュミットによって体系化されたように、いかなる規準にも拘束されることなく、またいかなる憲法的価値をも超越して発動される万能の権力と考えられるべきであろうか。以下、そのようなシュミット理論の問題点を取りあげ、憲法制定権力論のドイツ的変容の意味と、憲法制定権力論に残された現代的課題を再検討したい。

- (1) E. Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, Librairie Alexandre Corréard, Galerie de Bois, Chapitre V.
- (2) *Qu'est-ce que le tiers état ?* の段階において、シェイエスは、主権的意思である「共同意思 (volonté commune)」が「社会契約」により「社会契約参加者の総体 (l'ensemble des associés)」の意思に基礎をおくことを強調していた。すなわち、「主権」が全市民の参加によって行使されるべきであるという意味で、その主権論はむしろルソー的な人民主権論の系譜に繋がるものであった。シェイエスがいわゆる「国民」主権論に転化するのは、有名な1789年9月7日の国民議会における発言を契機としてである。そこでシェイエスは、直接民主制、命令委任の制度、普通選挙制などのそれまで彼の理論の中核にあった概念を否定し、また1791年憲法も結局代議制としての国民議会によって制定されたことは注目に値する。
- (3) 憲法制定権力が立法権と区別され、さらにその立法権に優越するものであるとすれば、それは「法の枠外」における国民による法の定立であり、

国法学上はそのような理論は背理であると一般に考えられたことによる。  
 芦部信喜『憲法制定権力』（1983年）29頁以下参照。

- （４）ワイマール憲法末期のシュミットのいわゆる「憲法の政治化」現象ないしは「憲法思想の危機」問題については、佐藤功「憲法の保障」『日本国憲法体系』（1961年）第1巻172頁以下参照。

## I. シュミットの憲法制定権力論

### ——憲法制定権力の再生とその構造

シュミットは、『憲法論（Verfassungslehre）』において、憲法制定権力を次のように体系化した<sup>(1)</sup>。

- （１）実定憲法の構造について、憲法規範は大きく「憲法（Verfassung）」すなわち「実定的意味の憲法（Verfassung in positiven Sinn）」と、「憲法律（Verfassungsgesetz）」とに二分される<sup>(2)</sup>。

その場合に、前者の「実定的意味の憲法」こそが「憲法制定権力」すなわち「憲法を作る力」の所産である。憲法は、規範的な正当性（Richtigkeit）や体系的な完結性によって妥当するのではなく、「すべての規範化の以前に存在し」、「憲法を制定する者の実存する政治意思によって妥当する」<sup>(3)</sup>。この政治意思が「憲法を作る力」すなわち憲法制定権力である。

これに対して、後者の「憲法律」とは、「憲法制定権力」の発動を前提とし、「憲法」から導かれた個々の「憲法規定の集合体」であるにすぎない。「憲法律」は、「その内容からすれば、憲法制定意思を執行する規定である。それは完全に、憲法制定意思にふくまれている政治上の全体決定を前提とし、またそれを基礎としている」にすぎないものである<sup>(4)</sup>。

- （２）「憲法制定権力」は、その性質上当然に、いわゆる「憲法によって作られた力（pouvoirs constitués）」とは区別されなければならない。

すなわち、「憲法制定権力は、単一かつ不可分である。それは、区分され

た他の『諸権力』（立法、行政および司法）とならぶ、あるいはそれらの諸権力と同順位の権力ではない。憲法制定権力は、すべての他の『権力』と『権力分立（Gewaltenteilung）』の包括的基盤である」<sup>(5)</sup>。

「憲法にもとづいて憲法律的規定から派生し、また憲法律的規定にもとづき憲法律的権限の範囲内で生じるものはすべて本質的には憲法制定権力の行為とは別個の性質のものである。『国民（Volk）』すなわち選挙権または投票権を有する公民の憲法律的権能および権限、たとえばライヒ憲法41条によるライヒ大統領の選挙、同20条にもとづくライヒ議会の選挙、同73条による国民投票も、憲法を制定し憲法制定権力の諸行為を定立する主権的国民の権能ではなく、あたえられた憲法の範囲内における権限であるにすぎない。」

「憲法律にもとづいてあたえられ、かつ規制されたところの憲法律的規定を変更すなわち修正するための権限を、憲法制定権力（Verfassungsgebende Gewalt ないし pouvoir constituant）と称することは正当ではない。ライヒ憲法76条による憲法律の改正ないし修正のための権限もまた、すべての憲法律的権限とおなじく法的に規制された権能であって、原則として制限される。それらの権限は、みずからが基礎づけられている憲法律的規定の範囲を破壊することはできないのである。」<sup>(6)</sup>

すなわち、「憲法改正権は、憲法を保持しつつ、憲法律的諸規定を変更・追加・増補・削除する権限のみがあたえられている。憲法改正権は、新たな憲法を制定すること、あるいは憲法改正のための権限であるこの憲法改正権の固有の基礎を変更すること、ないしはそれを拡張しまたは新たな権限に置き換える権限をふくまない」<sup>(7)</sup>。

（3）上に述べた「憲法」すなわち「実定的意味の憲法」を創造する力としての憲法制定権力とは、まさしく「みずからの政治的実存の様式および形態について、なんらかの具体的な決定をなし、そこから政治的統一の実存を確定することのできる実力ないしは権威（Macht oder Autorität）

をともなった政治的意思」にほかならない<sup>(8)</sup>。

すなわち、「憲法制定権力は政治的意思であり、この意思の力または権威により、自己の政治的実存の態様と形式についての具体的決定を下すことができる。すなわち、政治統一体の実存を全体として決定することができる」。そして、その政治的意思すなわち憲法制定権力は、すべての「規範的なもの」の上位に位置すべきものである。この「政治的意思」の正統性(Richtigkeit)の根拠は、もっぱらその「政治的実存」にあるのであって、この「政治的意思」を拘束する法形式および手続はなんら存在しえない。

「憲法制定権力は、法形式や手続に拘束されることはなく、それが譲ることのできない特性をもって発動されるときは、『つねに自然状態』にある。』<sup>(9)</sup>

(4) このような「政治的意思」が国民によって表明されるときは——国民は本来、確固たる組織化された存在としての性質を有しないため——「国民の直接的意思の表明の自然な形式」として、「集合した群衆の賛成または反対」の「歓呼(Zuruf)」あるいは「喝采(Akklamation)」をあげることができる。

すなわち、「人民は、政治的統一体の実存の態様および形式に関する決定に向けられた直接的な全体意思を、識別可能ななんらかの方法で表現することによってその憲法制定権力を行使することができるのである。憲法制定権力の発動において、『国民が欲するということだけで足りる』というシェイエスの命題は、この事象の本質をもっとも明瞭に表現している」ものというべきである<sup>(10)</sup>。

そして、憲法制定権力の主体は、以上のような国民にのみ限定されるものではない。中世において、「すべての権力は神に由来した(Non est enim potestas nisi a Deo)」。これと同じ意味で、近代において、すべての権力——すなわち憲法制定権力——は国民に由来するとされたのであり、また王政復古の時代には国王は憲法制定権力の主体となることができた。

このようにして、以上にあげた主体の他にも、「『少数者』の組織もまた、憲法制定権力の主体となることができる。この場合には、国家は貴族制または寡頭制の形態をとる」ことになるが、「確立した組織そのものは、市民の多数の意思を根拠とすることなく、政治的実存の態様と形式に関する根本的な政治上の決定を下すことができる。すなわち憲法を制定することができる」と考えるべきである<sup>(11)</sup>。

（5） 憲法制定権力は不断に存在し、永続性（Parmanenz）をもつ。

すなわち、「憲法制定権力は、委任され、譲渡され、吸収されまたは費消されることはない」。「憲法制定権力は、組織高権および組織権力を有する者の組織権が、組織上の命令によって行使され尽くすことがないのと同様に、憲法を制定することによって使い尽くされ、吸収されあるいは費消されることはない。憲法制定権力は、それがひとたび行使されることによって排除されるものではない。憲法を意味するところの政治的決定は、その主体に対立するような作用をなし、この主体の政治的実存を解消することはできない。この意思は、憲法と並行して、またそれを超越して存続しているのである。それゆえに、政治的全体決定そのものの基礎にかかわるようなあらゆる真の憲法闘争は、憲法制定権力の意思そのものによってのみ決着をつけることができるのである。」

いいかえれば、ひとたび憲法制定権力が発動され、それによって実定憲法が制定されたのちにおいても、「憲法制定権力は、可能性の状態においてつねに存続しており、それに由来するあらゆる憲法およびこの憲法の枠内で妥当するあらゆる憲法律的規定と併存し、またそれらの上位に位置している」というべきである<sup>(12)</sup>。

（1） Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1954, S. 75ff.

（2） a., a., O. S. 20. 同時にシュミットは、「憲法によって制定されたすべての権能および権限は、憲法制定権力にもとづいている。しかし、憲法制定

権力そのものは、決して憲法律によってこれを形成することはできない。人民すなわち国民は、あらゆる政治的事象の根源として存在し、たえず新たな形で表現され、たえず新たな形式と組織を生みだすが、それ自身は決して自己の政治的実存を究極的な組織化に従属させることのないあらゆる力の源泉である」と述べている (a., a., O. S. 79.)。

(3) a., a., O. S. 22.

(4) a., a., O. S. 23.

(5) a., a., O. S. 77.

(6) a., a., O. S. 98. シュミットによれば、「『憲法制定権力』を憲法律上規定れた修正権能と対等のものとして、それを憲法または組織権力の「形式概念」と呼ぶのは正当ではない」。同様に、国民の憲法上の権限、たとえば国民投票に関する権限についてもそれが「憲法によって作られた力」であるかぎりには、「制定された憲法の枠内」での権限であるにすぎない。したがって、「ワイマール憲法が効力を有するかぎり、憲法律のなんらかの破棄を単に73条の国民投票によって許容することはできない。国民は73条によって単なる憲法律上の権限を行使するのであって、ライヒ議会以上の権能を有するのではない。73条の定める国民投票によって成立する法律は、ライヒ議会の単純多数決によって成立する法律によって廃止することができる」とされる。

(7) a., a., O. S. 103.

(8) a., a., O. S. 75-76.

(9) a., a., O. S. 79.

(10) a., a., O. S. 79.

(11) a., a., O. S. 81.

(12) a., a., O. S. 98. 「国民の憲法制定権力の不可譲性はシェイエスによって強調された。……国民の憲法制定権力は絶滅されることもありうるが……しかし、憲法制定権力はそれを行行使することにより消滅することはない。同様にまた、憲法制定権力はなんらかの法的権原にもとづいているのではない。たとえ君主がその憲法制定権力を自発的に放棄し、その結果国民の憲法制定権力が認められても、国民のこの憲法制定権力は君主の権力放棄を内容とする法的権原にもとづいているのではない。その妥当根拠は、もっぱらその政治的実存にある。」 (a., a., O. S. 98.)



## II. シュミット理論の特質

### ——国家法人説の克服と憲法制定権力論の再生

以上が、シュミットの憲法制定権力論の趣旨である。シュミットの憲法制定権力論は、先に述べたワイマール末期の「憲法の危機」をめぐる問題を一応措くとすれば、ドイツの学問状況との関連において、19世紀後半から20世紀はじめにかけてドイツ公法学を支配した実証主義国法学——とりわけ国家法人説——の支配から憲法制定権力をいわば解放し、それを再生・復活させたところに意義がある。その理論は、伝統的な実証主義国法学と比較して、以下の点においてきわめて特徴的であったといつてよい。

#### 1. 「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」の区別

##### ——憲法の「最高法規性」の概念の導入

シュミット理論の第一の特質は、憲法を「実定的意味の憲法」すなわち「憲法」と、その「憲法」に由来する「憲法律」とに二分することによって、「憲法制定権力」とその創造物である「憲法によって作られた権力」の区別を明確化した点にある。そこで説かれた「実定的意味の憲法」とは、いいかえればシェイエスにおける「憲法を作る力」の観念そのものであり、また「憲法律」はその「憲法を作る力」から派生する「憲法によって作られた権力」の観念に対応するものである<sup>(1)</sup>。

従来の伝統的ドイツ国法学を支配した国家法人説においては、このような「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」という概念の区別は、本質的に存在しえないものとされてきた。すなわち、国家法人説のもとにおいて、国家の統治権は「法人としての国家」それ自体に帰属する。いいかえれば、国家は「統治権の主体（Rechtssubjekt）」すなわち「主権者」であると同時に、憲法をふくむあらゆる「法の源泉」である<sup>(2)</sup>。

かりに、これとはことなつて、シェイエスが主張したように憲法制定権力が国家の概念に先行する始源的な権力として理解され、国家権力を組織化する根本的な権力と考えられるとするなら、それは国家主権説を標榜する国家法人説の基本概念とは両立しえないものであつた。すなわち、そこであえて国家法人説的な国法学の立場から、シェイエスの意味における憲法制定権力——すなわち、憲法に先行し国家を超越する始源的権力——の存在をなんらかの意味で承認しようとするなら、国家法人説においてはあらゆる法の淵源が国家に由来するという観念が前提とされる以上、そこでは憲法制定権力のような超国家的・始源的な権力は国家および国法秩序の「枠外」に位置する「事実上の力」にすぎないといわざるをえないこととなる<sup>(3)</sup>。

そして、このことは、ドイツ国法学における法実証主義的方法論の視点からみた場合においても、憲法制定権力を国法学の理論の体系から排除する根拠とされた。すなわち、ドイツ国法学は、実証主義的方法論のもとで、公法学の対象を実定法の「規範科学」に限定し、そこから法の価値・目的や自然法的、政治的な思考の要素を捨象した。そこでは憲法すなわち国家の諸権力を組織するとともに諸権力を統制する規範である憲法もまた、単に主権者——法人としての国家それ自体——のいわゆる「自己拘束」の結果として制定されたにすぎないものとされた。要するに、憲法は、実質的な意味での「最高法規性」を否定されたところの、通常の法規範と同等の位置にある規範にすぎないと考えられたのであつた。そこから、憲法の拘束力も実質上はその下位の存在である「法律」と変わるところのないものとされ、のちに述べるように「憲法の改正」もまた通常の「法律の改正」と同次元の作用とされた<sup>(4)</sup>。

シュミットの憲法制定権力論は、以上のような実証主義的な国法学の方法論に対抗するものとして主張されたといつてよい。すなわち、シュミット理論の根底には、国家法人説とは異なる次のような憲法の概念があつた。

「憲法は、その内容と意義の両側面において、他の個別の法律よりもつねに高次のものであり、包括的なものである。憲法の内容は、その過重された可変性（erschwerter Abänderbarkeit）のゆえに特別なあるいは優れたものと考えられるべきではなく、むしろこれとは逆に、憲法の内容の基本的な重要性のゆえに永続的な保障をうけるべきものである。」

以上がすなわち、シュミットにおけるいわば憲法の「最高法規性」の再確認というべき部分である。そこでは、憲法制定権力はまさしくこのような憲法の「内容の基本的部分」を形成する力であるがゆえに、「憲法によってつくられた力」とは区別されるべきものとされたのである。シュミット理論の体系のなかには、以上に述べたような「憲法の内容の基本的な重要性」の認識という意味で、近代立憲主義的な憲法観念への近接を示す側面を見いだすことができる。

しかし、その半面において、シュミットの理論にはむしろそのような立憲主義的観念の意図的抹殺ともいうべきある種のアンビバレントな側面が併存していることは厳しく指摘しなければならない。すなわち、憲法の正統性をいかなる契機にもとめるかという立憲主義の本質的な問題に関して、シュミットの理論には基本的に次のような視点があるからである。

「憲法は、その内容が正当であるがゆえに妥当するところのなんらかの規範に基礎をおくのではない。憲法は、自己の存在の態様と形式についての、政治的存在から出てくる政治的決定にもとづいている。『意思』という言葉は——規範的または抽象的な正当性に依存するようなものではなく——妥当根拠として、本質的に実存するものをいう。」<sup>(5)</sup>

以上のシュミットの視点からは、憲法の正統性は、もっぱらそれが「政

治的決定」に基礎をおいている点にもとめられる。シュミットにおいて、この場合の「政治的意思」の発動が憲法制定権力の発動と同一視されるため、以上のことをいいかえれば、そこでは憲法の正統性はその憲法が憲法制定権力の意思にもとづくものであることに依存するということを意味する。そのかぎりでは——理論の枠組みの正当性という点においては——このシュミットの考えかたはシェイエスの理論構造を正しく継承したものと評価してよいであろう。

ただし、シュミットにおいて、この「政治的意思」は「規範的または抽象的な正当性」とは関係のないあくまで政治的に「実存」する力を意味するにすぎない。すなわち、シェイエスの理論構造を継承しつつ、しかしそこでは、憲法制定権力のもっとも本質的な部分において、それを支える正統性の原理の探究が放棄されているといわざるをえない。そして、その点に、のちに検討するようなシュミット理論の近代立憲主義に対するポレミッシュな側面が示されているといってもよいであろう。

## 2. 権力分立の基礎としての憲法制定権力

以上のような「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」との区別は、他方で、ドイツ国法学において伝統的に曖昧に位置づけられてきた「権力分立 (Gewaltenteilung)」概念に対しては、その再評価の契機を導入するという意味をもつものといえる。

この点について、フランス革命期においてシェイエスは、国家に先行する始源的権力としての憲法制定権力の概念を措定すべき理由として、このような憲法制定権力の概念が存在してはじめて「国民主権」と「権力分立」の概念とが調和的・統一的に理解されうることを強調した。すなわち、シェイエスは、「憲法は、公権力を組織化するとともに、人および市民の権利 (droit de l'homme et de citoyen) を宣言し確保すると同時に拡張すること

によって、その公権力を制限し、また規制することを目的とする」。そして、「憲法制定権力は、このような憲法の目的を達成するために、憲法を作る力として作用する観念」であり、「憲法によって分割された権力相互の関係が不統一とならないのは、すべての憲法が憲法制定権力という統一された権力の発動を前提としているからにはほかならない」と主張した<sup>(6)</sup>。

この点について、シュミットもまた、以上のシェイエスと同様に、憲法制定権力が「すべての国家権力と権力分立の包括的基盤」であることを明言するものであり、この意味で両者の理論の方向性は同一の軌道上にあるといっていよい。

一方、これに対して、伝統的国法学における国家法人説においては、基本的に権力分立という概念は存在しない。繰り返しをおそれずにいえば、国家法人説において、国家権力すなわち国家の統治権力は、「独立した法人格」としての国家にのみ帰属する。国家は、「始源的な支配力を備えた定住する国民の社团」ないしは「始源的支配力を備えた領土社团」と規定される存在である。

そして、法人としての国家は、その諸機関を通じて行動する。この場合、「国家とその機関は一体である。国家はその機関によってのみ存在することができる」ものと観念された。ただし、国家に帰属するこの統治権力は唯一不可分であり、その権力はあくまで国家それ自体にのみ帰属する。したがって、イエリネック (G. Jellineck) が指摘しているように、国家はその機関によって存在するとはいえ、その場合の「国家の機関は固有の権利を有せず、それは単に本来国家に帰属する権限を有するにすぎない」ものである。この点について、イエリネックは続けて次のように指摘している。

「すべての国家機関は、その権限の範囲内において国家の権力を表現することができる。したがって、権限の分配は可能であるが、しかし国家の権力を分配することは不可能である。多数の国家機関のなかに

つねに唯一の国家権力が存在する。』<sup>(7)</sup>

すなわち、そこでは権力分立という用語が用いられるとしても、その実質は「権力」それ自体の分配ではなく、国家という抽象的な統一体の有する権力を行使し、実際に機能させるための国家の諸「機能」の分配という側面をもつにすぎなかった。国家法人説においては、国家権力は「唯一不可分」の権力であると考えられ、それを分割することは不可能なものとされたのである。そして、そのような「唯一不可分の国家権力」という概念のもとでは、シェイエスがいうところの「国民主権」と「権力分立」とを矛盾なく統一した体系のもとに包摂するための憲法制定権力論は本来必要のないものとされたのであった。

もっとも、以上に述べたような——権力分立論というよりは——権力の「機能論 (Funktionenlehre)」とでも呼ぶべきこの理論は、きわめて限定的な意味ではあるが、ドイツ的な意味での立憲主義のありかたを形成し、推進する原動力となったことはしばしば指摘されているとおりである。すなわち、イエリネックが指摘しているように、これらの諸機関に付与された権限は、「その機関を担う人格の権利ではなく」、「正当な認識をもってすれば、そこでは国家権力に対する君主固有の権利という理論もなりたたない。国家権力は国家に帰属し、君主自身は今日の国家秩序においてはわずかに国家の最高機関という意味以外のなにものでもありえない」からである。

これをいいかえれば、君主は「国家のなかの主権的機関」——すなわち、君主は複数の国家機関のなかでの最高機関＝主権的機関としての地位——と考えるべきではあるが、しかしそれは「主権的国家」という概念とはまったく異質のものである。イエリネックは、このように、「主権的機関」と「主権的国家」とを厳密に区別し、「国家は法律をとおして、国家にその機関として仕える人々に対しても、その機関意思を法に適合して形成するよう命令する」と結論づけたのであった。

以上のようにして、国家法人説は、国家主権説を前提とすることによって、君主の権限を国家のなかの「機関の権限」として極限し、その権力を抑制することに成功した。しかし、国家の「機関権限」という理論装置は、同時にまた、本来国民の意思を代表し、それゆえに国家の意思形成においてもっとも重要な役割をはたすべき議会の権限をも、その「機関権限」の枠内に閉塞するという逆行的な効果をもった。すなわち、イエリネックが述べたところの「国家機関は固有の権限を有しない」という考えかたは、君主権限に対する場合と同様に、国民議会に対してもまたその固有の地位を相対化する効果をもつものであった。

以上のような国家法人説との対比において、シュミットの理論はドイツ公法学における近代化の可能性——しかし、あくまで可能性にとどまるものであるが——をふくむものであった。すなわち、すくなくとも憲法制定権力論のコンテクストにおいて権力分立の理論を肯定するかぎり、そこには憲法制定権力の主体である国民の権力すなわち「国民主権」の理論が内在するはずであり、そこから国民意思の形成機関の地位の重要性への認識が生まれるはずである。

しかしながら、以上のような、いうなれば議会の地位の再発見というべき契機をふくみながらも、憲法現実としてのワイマール議会の本質とその機能をどのように評価すべきかという問題についてのシュミットの立場そのものは、きわめてアンビバレントな性質をもつものであった。のちに述べるように、すくなくともシュミットの憲法制定権力論は、シェイエスのように近代立憲主義的意味における議会主義＝国民主権主義のコンテクストにしたがうものではなかったし、また政治的現実としての国民の憲法制定意思の絶対性を主張しつつも、他方でその国民以外にも憲法制定権力の主体が存在しうること——たとえば状況に応じて国民以外に、君主や少数者の組織もまた憲法制定権力の主体となりうること——を強調した点で、むしろ憲法制定権力論が本来的に指向した民主的な権力機構の組織化

という方向性からは離脱するものであった。

### 3. 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の分離

#### ——憲法改正の限界論の提示

第三に——「憲法保障 (Schutz der Verfassung)」という観点からみると、おそらくはこの点こそがシュミット理論における積極的側面としてもっとも重要視されるべき点であるといえよう——シュミット理論の特質は、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」を明確に区別したうえで、すすんで「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを理論上「分離」した点にある。

この「憲法制定権力」と「憲法改正権」の関係をどのように位置づけるべきかという点については、シェイエスにおいてすら決して明確ではなかった。この点に関するシェイエスの理論は、むしろフランス革命期の政治的状況の変化に応じて大きな振幅を示していたといってもよい。すなわち、革命初期のシェイエスにおいて、まさしく「憲法を制定する者こそがそれを変更する制限されない権利をもつ」ことが強調されており、そこでは「憲法改正権」の発動は事実上「憲法制定権力」の発動と同一視されたのであった<sup>(8)</sup>。

事態は、シェイエスに先行するアメリカ建国期の憲法理論においても同様であり、そこにおいては、一方で、憲法を自然法的価値を体現する「高次の法 (higher law)」ないしは「最高法規 (supreme law)」と理解する憲法認識が形成されたにもかかわらず、他方で、「憲法改正権」は主権者である国民（人民）の有する「憲法制定権力」の一部であるという認識が大きな潮流を形づくっていた。そして、このような憲法改正権と憲法制定権力の「同一視」論が、「憲法改正」作用をして「憲法制定権力」の発動と同様の無制約、無限界の権力作用であるという結論を導いたのであった<sup>(9)</sup>。



そして、注目すべきは、立論の方法こそ異なるものの、伝統的なドイツ国法学においても、次のような理由から、結果として「憲法改正権」の無限界性を肯定する点で共通の認識が存在していた点にある。

すなわち、すでに述べたように、伝統的ドイツ国法学においては、立法権と区別され、立法権に優越する特別の憲法制定権力という観念は、その存在それ自体が否定された。国家法人説においては、すべての国家権力は国家の自己拘束としての憲法のなかにその権限の根拠を求めなければならない。したがって、この憲法に先行する権力という意味での憲法制定権力の概念は本来否定されざるをえないものである。しかし、その場合になお、あえて憲法の内容に重大な影響をおよぼす最高の権力を憲法制定権力と称してその存在を肯定しようとするなら、その権力は憲法の諸規定中に「実定化された権力」としての「憲法改正権」にほかならないと考えられたのであった。

その場合、この「憲法改正権」の作用がいかなる範囲におよぶかという問題について、法実証主義的な方法論のもとにおいては、その改正もまた通常の法改正と同様に内容的にはほぼ無制限の憲法改正が肯定された。なぜなら、実証主義国法学において、憲法と法律とを区別するメルクマールは、わずかに憲法がその改正に際してたとえば定足数や議決の要件を法律改正の場合に比して加重された要件を要求しているという形式的な基準にのみ求められたにすぎず、この形式的規準を別にすれば、そこでは憲法も基本的には主権主体である国家の意思にもとづいて制定されたものであり、国家の前では憲法も法律も法の段階としてなんら差異のないものと理解されたからである。

このような実証主義的観念と並行する形で、実定憲法上も、たとえばプロイセン憲法（1850年）107条およびドイツ帝国憲法（1871年）98条は、まさしく「憲法は、立法の形式で改正される」とする規定をもうけた。

以上のようにして、19世紀から20世紀初頭にかけてのドイツ国法学にお

いて、憲法の「実質的最高法規性」は否定され、手続上においても立法の形式による無制限の憲法改正が肯定されたのであった。

これに対して、シュミットの理論は、以上に述べたように、憲法改正には限界があることの理論的根拠を明確に主張するものであった。この点について、シュミットは次のように述べている。

「憲法改正権は、憲法を保持した状態において、憲法律の諸規定になんらかの変更、追加、増補、削除を行う権限のみをふくむものである。憲法改正権は、新しい憲法を創造する権限をふくむものではないし、また憲法改正のためのこの固有の基礎を変更し、あるいは拡張し、または新しいものによって置き換える権限をふくまない。」

なぜなら、「憲法制定権力はすべての他の『権力』および『権力分立』の包括的基礎」であり、それに由来する「憲法改正権」は「すべての憲法律上の権能と同じく、法的に規律された権限である。憲法改正権は、その根拠をなす憲法律上の規律の範囲を超えることはできない」からである<sup>(1)</sup>。

以上のようにして、「憲法制定権力」と「憲法改正権」は理論上分離された。そして、このような「分離論」は、のちに述べるように現代のドイツの憲法学説においても、すくなくとも憲法制定権力論の枠組みを構成する基本理論として、その有効性を保ち続けているといってよい。

- (1) ただし、シュミットの場合、「憲法を作る力」すなわち憲法制定権力の本質については、のちに述べるように、①それが一切の「規範的」規準から解き放されたあくまでも「政治的实力」としての存在であるとされ、②実定憲法の制定後も依然として存在し続けるものと理解されている点でシェイエスの理論とは方向性を異にしており、そこにシェイエス理論との関係およびその意義づけの問題が生じる。とりわけ、シュミットにおいて、以上のように、憲法制定権力が実定憲法の制定後も依然として実定法超越

的な「政治的实力」として存在し続けると理解される場合、憲法制定権力と「憲法によって作られた権力」である憲法改正権とを理論上分離し、改正権の限界を確定しようとしたシュミットの試みも、事実上その有効性を疑問視されることにならざるをえない。

- （2） 国家法人説において、国家は「始源的な支配力を備えた領土社団」であり、このような国家の成立によってはじめて憲法をはじめとする法秩序が形成され権利主体が出現すると考えられる（G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 144.）。したがって、そこでは国民が権利主体として人格を有し、そのような国民の契約によって国家が創設されるというロックやルソー的な「社会契約説」的な国家観は成立しない。以上の意味で、国家法人説はヘーゲル的な国家至上主義ないし国家主権主義の系譜に属するものであり、それは一方で、フランス革命において標榜された「国民主権」ないし「人民主権」の観念を排除するとともに、他方でたとえそれが「外見的立憲主義」といわざるをえないものであるとしても、そのことをとおしてドイツ帝国憲法における立憲主義的体制を「絶対主義」の支配から守護する役割を演じた。

国家法人説は、本来あるべき「国民主権」の理念の側からそれを見ると、いうなれば問題回避のための理論であり、政治的には民主制に対峙する理論であった。しかし、戦前のわが国においては、たとえばそのような国家法人説に立脚した美濃部学説ですら過度に民主的であるとして忌避された（「天皇機関説事件」あるいは「国体明徴問題」）。そこに、明治憲法体制下の政治状況のドイツをうわまわる保守的性向を見いだすことができる。

- （3） 芦部信喜『憲法制定権力』（1989年）30頁、黒田覚「憲法制定権力」『憲法及び行政法の諸問題』（1938年）6頁、杉原康雄『憲法Ⅰ』（1991年）168頁参照。
- （4） このような考えかたは、わが国の明治憲法下においても通説となった。たとえば、美濃部達吉『逐条憲法精義』（1930年）は、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」の区別を排除し、明治憲法5条の立法権には「憲法改正権」もふくまれることを指摘したうえで、「わが憲法に於いては、国家最高の権力として憲法制定権が有り、その下に立法権と行政権及び司法権が鼎立して居るのではなく、立法権が国家最高の権力であって、憲法制定権力もその中に包含されて居る」（148-149頁）と述べている。そこでは要するに、法律に対する憲法の実質的優越性は捨象され、憲法制定権力は立法権およびその機能範囲としての憲法改正権の概念中に吸収されて

しまっているといつてよい。

- (5) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, S. 22-23.
- (6) E. Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, Libraire Alexandre Correard Galerie de Bois, Chapitre v.
- (7) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, S. 501.
- (8) 革命初期のシェイエスにおいて、憲法制定権力の担い手である国民はつねに憲法を「変更」することのできる権限をもつ。この憲法の「変更」にあたって国民は憲法の全面的な変更をなしうるし、またたとえ憲法の変更の方法が憲法自体の手續によって定められているとしても、国民はいかなる形式にしたがうべきではない (Siéyès, *Supra* note 6, p. 160) とされていた。すなわち、理論上は、「憲法制定権力」と「憲法改正権」とは一応の区別がなされてはいたが、「国民主権」の全能性を媒介することによって両者はほとんど同一視された。  
 これに対し、共和暦3年のテルミドール国民公会において、シェイエスは一転して憲法上の改正手續にしたがって憲法改正を行う機関としての「憲法陪審 (*jurie constitutionnaire*)」を設置すべきことを提唱した。シェイエスはこの「憲法陪審」が国民の「憲法制定権力」を行使する機関であると位置づけたが、その「憲法制定権力」——しかし理論上は「憲法改正権」といふべきもの——は憲法の定める改正手續に拘束されされることが前提とされている点で、憲法制定権力本来の実定法超越性を失い、いわば「制度化された憲法制定権力 (*pouvoirs constituant institués*)」に転化したといわざるをえない。
- (9) アメリカ建国期における憲法改正無限界論については、J. Orfield, *The Amending of the Federal Constitution*, 1942, p. 156 参照。
- (10) Schmitt, a., a., O. S. 103.
- (11) a., a., O. S. 98.